Unterhaltung und Nutzung

des

sog. Bürgersteiges

nach preussischem Landrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erwerbung des Doktorgrades

bei der

hohen Juristen-Fakultät

der

Universität Erlangen.

Verfasst und eingereicht

von

Georg Einwag,

Rechtspraktikant.

Druck von H. Böes in Amberg.

1896.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Hof a./S., Mai 1896.

Der Verfasser.

Ständig mehren sich in gegenwärtigen Zeiten die Klagen über die Entwertung des Grundbesitzes. Die überhandnehmenden Subhastationen und der Zuschlag zu Schleuderpreisen liefern einen beredten Beweis für die Berechtigung derselben. Nicht die geringste Schuld an dem Sinken des Wertes der Grundstücke, insbesondere der Hausgrundstücke, tragen die grossen finanziellen Opfer, welche heute vom Grundbesitzer verlangt werden. Abgesehen von den Steuern und Umlagen, die auf dem Grundbesitz lasten, werden in neuerer Zeit besonders schwer die hohen Anforderungen empfunden, welche die polizeilichen Massnahmen an denselben stellen. Ja nicht nur bezüglich seines Eigentums werden vom Grundbesitzer Aufwendungen gefordert, sogar die angrenzenden öffentlichen Strassen und Plätze müssen als seine Belastungsobjekte dienen. In früheren Zeiten hat noch hohe Liebe zu dem Besitz, den man von den Vätern ererbte, das Hauseigentum als wohl zu erhaltendes Gut erscheinen lassen. Ohne Widerrede mochte der Hauseigentümer in Zeiten, wo das Haus mit dem Platze vor demselben den ständigen Aufenthalt der Familie bot, die fast ausschliesslich in Naturalleistungen bestehenden Lasten tragen. Heutzutage sind aber die Verhältnisse anders geworden: Der Grundbesitz ist Handels- und Spekulationsartikel, der in Umlauf gesetzt wird, wie jede andere Ware, aber eine Ware, deren Besitz eben wegen der ihr anhaftenden, nun meist in Geld umgesetzten Lasten, nur in kapitalkräftigen Händen dauernden Bestand haben kann. Sind diese Lasten noch gering, so mag sich dieselben der Grundbesitzer auch heute

noch gefallen lassen; drohen sie aber eine Überlastung herbeizuführen, dann ist es nicht nur Pflicht der direkt Beteiligten, sondern Pflicht der Allgemeinheit, auf Abstellung solch' ungesunder Zustände hinzuwirken. Denn geordnete Grundbesitzverhältnisse sind die Vorbedingung eines jeden guten Staatswesens. Vergl. Deutsche Gemeindezeitung Jahrg. 1881 S. 72.

Macht sich eine bevorstehende Überlastung des Grundbesitzes bemerkbar, so wird in erster Linie zu prüfen sein, ob die einzelnen Lasten überhaupt auf gesetzlicher Basis beruhen, und dies um so mehr, als man heutzutage häufig die Wahrnehmung machen kann, dass zur Bestreitung gemeindlicher Bedürfnisse der Grundbesitz herangezogen wird einfach deshalb, weil er als das am sichersten und bequemsten fassbare Objekt erscheint. So hat besonders in neuerer Zeit die unsichere Rechtsprechung bezüglich der vielfach üblichen Heranziehung der Grundbesitzer zur Herstellung bezw. Unterhaltung der sog. Bürgersteige zu manchen Bedenken Anlass gegeben. Eine nähere Untersuchung der Berechtigung dieser Verpflichtung dürfte um so lohnender sein, als die Kosten für diese Anlagen allmählich bedeutende Dimensionen annehmen.

Von den gegenwärtig in Deutschland geltenden Gesetzbüchern thut dieses „Bürgersteiges" allein Erwähnung das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten. Daher wird es sich empfehlen, speziell für die Gebiete dieses Gesetzes die Rechtsverhältnisse des Bürgersteiges einer Erörterung zu unterziehen.

Was versteht man unter einem „Bürgersteig"? Das preussische Landrecht handelt vom „Bürgersteig" in seinem Teil I Titel 8 §§ 81 und 82, die da lauten:

§ 81. Übrigens aber kann jeder Hauseigentümer den sogenannten Bürgersteig, so weit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den § 78 bestimmten Einschränkungen nutzen.

§ 82. Nähere Bestimmungen über die § 78 bis 81 berührten Gegenstände bleiben den besonderen Polizeigesetzen eines jeden Orts vorbehalten.

Eine Definition gibt also das Gesetz nicht. Dagegen geht aus demselben hervor, dass zur Zeit der Entstehung des preussischen Landrechts, Ende des 18. Jahrhunderts, das Wort „Bürgersteig" noch keineswegs landläufig gewesen sein

muss, indem das preussische Landrecht demselben das Wörtchen: „sogenannt“ vorsetzt. Und in der That findet sich das Wort „Bürgersteig“ weder in einem um die fragliche Zeit gebräuchlichen Wörterbuch, z. B. Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, Campe, Wörterbuch der deutschen Sprache, noch in einem der bekannteren deutschen Partikular- und Statuarrechte. Andererseits versicherten Ausländer zu Beginn dieses Jahrhunderts, dass ihnen fragliches Wort ausserhalb Preussens nie zu Ohren gekommen sei. Man darf daher annehmen, dass der Ausdruck „Bürgersteig“ nur in den preussischen Landen und auch in diesen nicht in allen Provinzen oder Gegenden gebräuchlich war [Bobrik und Jacobson, Zeitschrift für Theorie und Praxis des preuss. Rechts, Marienwerder 1834 Bd. I Heft 1 S. 189]. Infolgedessen ist man denn auf die etymologische Interpretation, sowie auf die Würdigung des Zusammenhanges angewiesen, in welchem das Wort „Bürgersteig“ im preussischen Landrecht vorkommt.

„Bürgersteig“ setzt sich aus zwei Begriffen zusammen, aus „Bürger“ und „Steig“, von denen offenbar der letztere den Hauptbegriff bildet. Ein „Steig“ ist ein schmaler Weg, auf welchem man nur zu Fuss geht zum Unterschied von einem Fahrweg, der hauptsächlich dem Fuhrwerksverkehr dient (Adelung, *sub voce* „Steig“ und „Fusssteig“). Demnach wäre ein „Bürgersteig“ ein Fussweg für die Bürger, *semita civibus constituta* (vergl. Grimm, Deutsches Wörterbuch, Dirksen, Commentar zum *aes Britannicum* in dessen civilist. Abhandl. Bd. II S. 234). Das Wort „Bürger“ kommt aber ebenso wie das Wort *„civis“* in verschieden weiter Bedeutung vor: Vom einfachen Einwohner einer Stadt an dehnte sich dieser Begriff aus bis zum Menschen überhaupt, zum Mitglied der menschlichen Gesellschaft. In unserer Zusammensetzung scheint jedoch „Bürger“ einen engeren Sinn zu haben und so viel als „Städter“ zu bedeuten (vergl. Adelung, *sub voce* „Bürger“). Es geht dieses hauptsächlich daraus hervor, weil einerseits ein ausschliessliches Gebrauchsrecht des Bürgersteiges durch Bürger im engsten Sinn des Wortes, d. h. die Stadtangehörigen, welche an der Regierung mit teilhaben, nirgends nachweisbar

ist, andererseits aber das preussische Landrecht den „Bürgersteig“ nur für städtische Gemeinwesen berechnet hat. Was diese Beschränkung auf die Städte anlangt, so ergibt sich dieselbe aus Folgendem: Der in Betracht kommende Gesetzestitel „Vom Eigentume“ handelt in dem Abschnitt, wo der Bürgersteig seine Erwähnung findet, von den „Einschränkungen des Eigentümers bei dem Bauen“. Diese Einschränkungen gelten aber im allgemeinen nur für Städte. Dass letzteres wirklich der Fall ist, dafür sprechen die einleitenden Bestimmungen:

§ 65 l. c. In der Regel ist jeder Eigentümer seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder sein Gebäude zu verändern wohl befugt.

§ 66. Doch soll zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens, oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze, kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden.

§ 67. Wer also einen neuen Bau in Städten anlegen will, muss davon zuvor der Obrigkeit zur Beurteilung Anzeige machen,

sowie der Umstand, dass es in § 69 l. c. bei der Vorschrift der Einholung obrigkeitlicher Erlaubnis für die Neuanlage oder Verlegung von Feuerstellen ausdrücklich bemerkt ist, dass diese Anordnung auch für das Land Geltung haben solle. Infolgedessen kann man mit Recht annehmen, dass auch der vom „Bürgersteig“ handelnde § 81 nur für Städte Bedeutung hat, indem seine Giltigkeit für das Land nicht speziell festgesetzt ist. Diese Ansicht vertritt auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 18. Dezember 1879 (Gruchot, Rassow und Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 24 S. 505): „Diese Bestimmungen (A. L. R. I. 8 §§ 81, 82) sind nur für Städte gegeben.“

Ist somit Bürgersteig auch gleichbedeutend mit Städtersteig, so soll jedoch keineswegs damit gesagt sein, dass die Landbewohner von der Benützung dieser Wege ausgeschlossen wären. Es soll nur die naturgemäss vorzugsweise Benutzung durch die Städter und zwar kraft eigenen Rechtes angedeutet werden. Die Landbevölkerung benützt fast immer die Fahrstrasse, da sie meist mit einem Gefährte die Stadt aufsucht nur zu dem Zwecke, um dort ihre Produkte zu verkaufen. Bei den früheren, beschränkten Verkehrsverhältnissen traf es natür-

lich noch mehr zu, dass diese städtischen Fusswege fast nur von den Einheimischen begangen wurden.

Aber nicht jeder städtische Fussweg ist ein „Bürgersteig". Das preussische Landrecht verbietet nämlich im speziellen an der Stelle, wo es auf den Bürgersteig zu sprechen kommt, verschiedene Anbringungen an Häuser, die in die Strasse hineinragen. Daraus geht hervor, dass nur solche Fusswege gemeint sein können, welche an den Häusern entlang laufen und auf der anderen Seite an die Fahrstrasse grenzen. Als selbstverständlich muss es erscheinen, dass eine Unterbrechung der Häuserreihe durch einen Zaun oder eine Mauer, ja eine vollständige Lücke nicht im stande sein werden, den dort vorbeilaufenden Fussweg seiner Eigenschaft als „Bürgersteig" zu entkleiden. Demnach erscheint als das Massgebende, dass der betreffende Raum, an welchen der Steig stösst, seiner Lage oder Beschaffenheit nach mit Gebäuden besetzt ist oder werden soll oder kann. Würde diese extensive Interpretation unzulässig sein, so hätte es zur Zeit der Entstehung des preussischen Landrechts, wo fast neben jedem Haus ein Garten sich befand, sicher fast gar keine „Bürgersteige" gegeben.

Eine Definition im entwickelten Sinn geben: Entscheidung des vorm. kgl. preuss. Obertribunals vom 21. Dezember 1869 (Entsch. Bd. 62 S. 373, Striethorst, Archiv, Bd. 77 S. 142):

> „Aus der Zusammenstellung dieser Vorschriften (A. L. R. I. 8. §§ 78 — 82) und aus dem § 81 ergibt sich klar, dass unter dem Ausdruck Bürgersteig ein Raum oder Steig vorausgesetzt ist, welcher sich zwischen der Strasse und mit Gebäuden besetzten Grundstücken befindet, weil sonst nicht der Adjacent des Bürgersteiges als Hauseigentümer bezeichnet sein könnte",

desgl. Erkenntnis des Reichsgerichts vom 18. Dezember 1879 l. c.:

> „Diese Bestimmungen (A. L. R. I. 8. §§ 81, 82) setzen voraus, dass der Steig oder Raum sich vor städtischen Grundstücken befindet, welche mit Gebäuden besetzt sind oder ihrer Beschaffenheit nach mit Gebäuden besetzt werden dürfen oder können",

ferner Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Mai 1882 (Jur. Wochenschrift Jahrg. 1882 S. 159), welche eine Verpflichtung des Hauseigentümers zur Herrichtung und Unterhaltung des Bürgersteiges auf Grund des § 81 l. c., nicht nur

hinsichtlich der der Strasse anliegenden Hausgrundstücke, sondern bezüglich „aller zur Bebauung bestimmten und geeigneten anliegenden Grundstücke überhaupt“ für gegeben erachtet, insbesondere Erkenntnis des kgl. preuss. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 1887 (Preuss. Verwaltungsblatt IX. Jahrg. S. 155):

> „Für die Begriffsbestimmung der Bürgersteige müssen den Häusern als angrenzenden Grundstücken notwendig die Baugrundstücke, das städtische Bauterrain, gleichgestellt werden, vorausgesetzt, dass die Strasse, um deren für den Fussgängerverkehr bestimmten Teil es sich handelt, in die Bebauung thatsächlich auch hineingezogen ist.“

Fehlt es aber an dieser Lage zwischen Baugrundstück und Fahrstrasse, so kann man von einem Bürgersteig nicht sprechen. Führt zum Beispiel ein städtischer Fussweg einen Kanal oder Fluss entlang oder kreuzt er einen Platz oder grenzt er an ein Bahnplanum, so ist dieses kein Bürgersteig, vergl. Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 1888 (Pr. V. Bl. X S. 545), desgl. vom 11. November 1890 (Pr. V. Bl. XII S. 244), desgl. vom 15. Oktober 1884 (Parey, Rechtsgrundsätze, 2. Reihe S. 109), ferner Entscheidungen des vorm. preuss. Obertribunals auf dem Gebiete des Civilrechts H. Rehbein, Bd. I S. 746 Anmerkung, Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts, V. Aufl. Bd. I S. 502 Anm. 14. Der Hauptzweck des Bürgersteiges besteht eben darin, den Städtern einen bequemen Zugang zu den Häusern zu verschaffen.

Bei der Lage des Bürgersteiges zwischen Baugrundstück und Fahrweg liegt die Frage sehr nahe: Gehört der Bürgersteig zum Baugrundstück oder zum Fahrweg oder hat er eine selbständige Behandlung zu erfahren? Schon aus dem Zusammenhang im preussischen Landrecht geht hervor, dass der Bürgersteig zum Fahrweg gehört, dass er mit diesem die städtischen Strassen bildet, dass er also ein Teil der städtischen Strasse ist: Wie schon oben bemerkt, erörtert der Abschnitt mit dem kritischen § 81 l. c. die Beschränkungen des Eigentums beim Bauen an städtische Strassen und Plätze, indem der einleitende § 78 l. c. lautet:

> „Die Strassen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet werden.“

In den folgenden Paragraphen sind dann diesbezügliche spezielle Verbote aufgeführt, wodurch eine Verengung, Verunreinigung oder Verunstaltung der Strassen verhütet werden soll. Untersagt wird die Anlegung eines Kellerhalses (= Kellereingang cf. Heydemann, Einl. in das System des preuss. Civilrechts, II. Aufl. Bd. I S. 415) oder eines anderen dergleichen Nebengebäudes ohne ausdrückliche obrigkeitliche Bewilligung, desgleichen die Einrichtung von Keller- und Ladenthüren, welche auf die Strasse gehen, ferner die Anlegung neuer, oder Wiederherstellung eingegangener Erker, „Löben“ und auf die Strasse hinausgiessender Dachrinnen, weiter die Aufsetzung von Wetterdächern und in die Strasse hinein sich erstreckenden Schildern und die Errichtung von Blitzableitern. Diese Anbringungen mussten aber doch zunächst die Luftlinie des Bürgersteiges überragen. Die Fälle, wo ein Erker, Löbe, eine Dachrinne etc. über den Bürgersteig hinüber in die Fahrstrasse reichte, gehörten gewiss zu den grössten Seltenheiten. Die Anlage eines Kellereingangs, Errichtung von Keller- und Ladenthüren, die auf die Fahrstrasse gehen, wäre beim Vorhandensein eines Bürgersteiges undenkbar. Überdies wäre es höchst sonderbar, wenn das Gesetz nur Verengung, Verunreinigung, Verunstaltung der Fahrstrasse verbieten, dagegen eine solche des Bürgersteiges zulassen würde. Das Gesetz umfasst eben mit dem Begriff „Strasse“ auch den Bürgersteig. Nach dieser Auffassung bietet auch die Interpretation des § 81 l. c. bezüglich der Gewähr des Nutzungsrechts am Bürgersteig „unter den § 78 bestimmten Einschränkungen“ keine Schwierigkeiten mehr, d. h. die „Einschränkungen“ gelten nicht bloss für die Fahrstrasse, sondern auch für den Bürgersteig.

In Übereinstimmung mit dieser Darlegung steht auch die Entstehungsgeschichte des Bürgersteiges. Noch im 17. Jahrhundert waren die Strassen in den preussischen Staaten derart angelegt, dass eine einzige Rinne die Mitte derselben zur Aufnahme des abfliessenden Wassers durchzog. Die beiden Bürgersteige waren infolgedessen von der Fahrstrasse nicht ausgeschieden, sondern standen mit derselben in unmittelbarem Zusammenhang. Erst später legte man an Stelle der einzigen zwei Rinnen an und zwar je in der Nähe einer Häuserreihe.

Die damit abgeschnittenen Strassenteile bildeten den Bürgersteig (vergl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts vom 18. März 1880, Entsch. Bd. VI S. 212).

Diese Auffassung des Bürgersteiges als Teil der Strasse vertreten insbesondere preussische Ministerialrescripte, so Rescript des Min. d. I. u. d. P. vom 25. Januar 1840 (Min. Bl. der i. V. S. 52):

> „Den Hauseigentümern steht ein Eigentumsrecht an den Bürgersteigen nicht zu, vielmehr gehören solche zur Strasse",

Rescript vom 26. Juli 1839 (J. M. Bl. S. 279):

> „Nach §§ 78 — 81 h. t. ist der Bürgersteig nicht Pertinenz der Häuser, vor welchen er liegt, sondern gehört, wie namentlich die Hinweisung auf § 78 und 81 h. t. ergibt, zu den anstossenden Strassen und öffentlichen Plätzen",

sowie auch oberstrichterliche Entscheidungen, wie Erkenntnis des Obertribunals vom 14. Juli 1863 (Entsch. Bd. 49 S. 91):

> „Aus der Berufung auf § 78 in § 81 Tl. I. Tit. 8. A. L. R. und aus der unzweifelhaften Ursache und Bestimmung von Bürgersteigen, einen Raum für Fussgänger neben dem Fahrweg zu gewähren, folgt im allgemeinen, dass die Bürgersteige zur Strasse gehören, aber nicht Pertinenz der Häuser sein müssen",

desgl. vom 11. November 1869 (Entsch. Bd. 62 S. 36), welches Erkenntnis von „dem an der öffentlichen Strasse gelegenen und dazu gehörigen Bürgersteig" spricht,

desgl. vom 3. Juli 1877 (Rehbein Bd. I S. 746, Stolps Archiv f. Verw. R., Bd. IV S. 151),

ferner Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 16. März 1887 (Entsch. Bd. XIV S. 279):

> „Der Chausseezug und die ihn einfassenden Bürgersteige bilden zusammen die städtischen Strassen",

desgl. vom 21. Dezember 1887 (Pr. V. Bl. IX S. 155),

desgl. vom 11. Oktober 1892 (Deutsche Gem.-Zeit. S. 41),

ebenso Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. April 1880 (Wallmann, Zeitschr. f. preuss. Recht, Bd. I S. 326),

desgl. vom 7. März 1882 (Entsch. Bd. VII S. 213).

Von Lehrbüchern teilen diese Ansicht insbesondere Heydemann, Einl., a. a. O., ebenso in seinem System des preuss. Civilrechts im Grundriss S. 46, ferner Koch, Allgem. Land-

recht für die preuss. Staaten, Bd. I S. 386, Dernburg a. a. O. Ziff. 4.

Als Teil nimmt der Bürgersteig Anteil an den Rechtsverhältnissen des Ganzen, der öffentlichen Strasse. Dieses ist zunächst der Fall bezüglich der Eigenschaft der Öffentlichkeit, so Kahr, Bayer. Gemeindeordnung f. d. Landesteile diesseits des Rheins, S. 363: „Der Begriff des öffentlichen Weges erfasst auch dessen einzelne Bestandteile und Zugehörungen, welche daher auch die öffentlich rechtlichen Verhältnisse des Weges teilen.“ Aber auch abgesehen davon steht die Eigenschaft des Bürgersteiges als öffentlichen Weges nach heutiger öffentlich-rechtlicher Auffassung des Wegewesens zweifellos fest. Denn für die Beurteilung, ob ein Weg ein öffentlicher oder privater, ist heute das Entscheidende das thatsächliche Verhältnis einer Benutzung, die durch Rechte Privater nicht aufgehoben werden kann. In diesem Sinne definieren:

Erkenntnis des obersten Gerichtshofes in Bayern vom 3. Mai 1869 (Reg. Bl. S. 881):

> „Bei öffentlichen Wegen entscheidet das thatsächliche Verhältnis der Benützung und die Notwendigkeit derselben“,

ferner Entscheidung des kgl. Oberlandesgerichts München vom 25. Mai 1888 (Entsch. in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses Bd. V S. 96):

> „Öffentlicher Weg ist jeder dem allgemeinen Verkehr dienende Weg.“

Eine dementsprechende Legaldefinition findet sich in der Wegeordnung für die Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 (G. S. S. 316) in § 1:

> „Öffentliche Wege sind solche, welche zu allgemeinem Gebrauch dienen und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können.“

Diese Bestimmung ist aus dem hannoverschen Wegegesetze vom 28. Juli 1851 entnommen und findet sich auch schon in dem bayerischen „Entwurf eines Gesetzes die öffentlichen Wege betr.“ aus dem Jahre 1855. Vergl. auch Regelsberger, Pandekten Bd. I S. 430: „Nach heutiger Auffassung wird die Öffentlichkeit der Wege durch den Gemeingebrauch bestimmt“, Roth, System des deutschen Privatrechts, Teil III S. 446:

„Der Privatweg unterscheidet sich vom öffentlichen Weg dadurch, dass auf letzteren der einzelne kein selbständiges Recht hat, andererseits jedermann sich desselben bedienen kann, während der Privatweg nur ein auf einen besonderen Rechtstitel begründetes Recht für einzelne enthält",

Reitzenstein in Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. II S. 878:

„Öffentliche Wege sind diejenigen, deren Zweckbestimmung, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, in öffentlich rechtlichen Verhältnissen begründet ist", negativ: „deren auf Benützung für den allgemeinen Verkehr gerichtete Zweckbestimmung der Aufhebung im Wege der privatrechtlichen Disposition nicht unterliegt",

Kahr a. a. O. S. 344:

„Öffentliche Wege sind solche Wege, welche zufolge Widmung seitens des Staates oder eines Gemeindeverbandes die Bestimmung haben, dem gemeinen Gebrauche zu dienen",

ähnlich Stengel, Staatsrecht des Königsreichs Preussen in Marquardsen's Handbuch d. ö. R. S. 464,

desgl. Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, II. Aufl. Tl. I S. 511,

desgl. Pözl, Lehrbuch des bayer. Verwaltungsrechts, III. Aufl. S. 443.

Dass nun der Raum, unter welchem der „Bürgersteig" begriffen wird, in der That dem Gemeindegebrauch dient, ohne dass Privatpersonen denselben mit Recht stören können, das lehrt die tägliche Erfahrung. Die Öffentlichkeit des Bürgersteiges ist im speziellen ausgedrückt in der Entscheidung des Obertribunals vom 24. April 1860 (Entsch. Bd. 43 S. 23):

> „Der Bürgersteig ist sowie die Strasse selbst als eine *res extra commercium* anzusehen, gehört zu den *rebus publicis*, namentlich zu den *rebus universitatis* und bildet im eigentlichen Sinn eine *res universitatis in specie*",

sowie im Rescript des preuss. Min. d. P. vom 28. April 1831 (Kamptz, Annalen der preuss. Staatsverwaltung, Bd. XV S. 398), vergl. auch Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, S. 505: „Der Platz vor dem Hause ist und bleibt *solum publicum*."

Infolge dieses öffentlichen Charakters des Bürgersteiges sind private Massnahmen, welche dem allgemeinen Gebrauchsrecht widerstreiten, unzulässig. Insbesondere kann demnach auch nicht der angrenzende Hauseigentümer diesbezügliche Veranstaltungen treffen, er müsste denn durch besonderen Rechtstitel zu bestimmten Handlungen ermächtigt sein. Er darf also z. B. nicht den Bürgersteig einzäunen, nicht mit Prallsteinen oder Ketten absperren (vergl. Hesse a. a. O); kurz, eine Verkehrsbehinderung auf dem Bürgersteig darf ebensowenig stattfinden, wie auf der Fahrstrasse, galt doch schon der Pandektentitel: *„Ne quid in loco publico vel itinere fiat“* (43, 8) auch für den Teil der Strasse, welchen wir heute Bürgersteig nennen (Bobrik a. a. O.).

Die Öffentlichkeit eines Weges hindert indes keineswegs das Bestehen von Privatrechten an demselben, wenn nur dadurch das Prinzip der Öffentlichkeit nicht verletzt wird. So sagt Seydel, Bayer. Staatsrecht, II. Aufl. Bd. III S. 346 Anm. 13: „Die Eigenschaft des öffentlichen Weges als öffentliche Strasse entzieht dessen Grund und Boden nicht der Herrschaft des bürgerlichen Rechts. Es ist zweifellos, dass die öffentlichen Strassen überhaupt und die öffentlichen Wege im besonderen Gegenstand des Eigentumsrechtes sind“, Reitzenstein a. a. O. S. 883: „Die Verwendung des für die Wegeanlage in Anspruch genommenen Gebäudes für Zwecke des öffentlichen Verkehrs hebt die Eigenschaft dieses Gebäudes als eines Objekts von Privatrechten nicht auf, sondern schränkt sie lediglich in ihren Wirkungen ein bezw. suspendiert sie.“ In Übereinstimmung finden sich damit Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts vom 28. Mai 1884 (Pr. V. Bl. VIII S. 219):

> „Der Umstand, dass der Grund und Boden, über welchen ein Weg führt, sich im Privateigentum befindet, schliesst nicht aus, dass der Weg selbst ein öffentlicher sei“,

ebenso vom 12. Januar 1887 (Pr. V. Bl. VIII S. 211) u. a., ferner Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. März 1882 (Entsch. Bd. VI S. 204):

> „Privateigentum am Grund und Boden ist mit der Eigenschaft eines öffentlichen Weges nicht unverträglich.“

Infolgedessen steht auch der Bürgersteig als öffentlicher Weg im Eigentum eines bestimmten Rechtssubjektes. Nachdem aber der Bürgersteig und Fahrweg zusammen die städtische Strasse ausmachen, ist zu vermuten, dass der Eigentümer des Bürgersteiges und des Fahrweges dasselbe Rechtssubjekt ist. In dieser Beziehung ist zutreffend das Erkenntnis des Obertribunals vom 14. Juli 1863 (Entsch. Bd. 49 S. 91):

„Voraussetzlich steht das Eigentum an dem Bürgersteige dem Eigentümer der Strasse zu."

Eigentümer der öffentlichen Strasse ist in der Regel der Staat, der Distrikt, die Gemeinde, die Ortschaft, je nachdem die allgemeine Baupflicht dem Staat, dem Distrikt etc. obliegt, in welchem die Strasse gelegen ist, vergl. Seydel, Bayer. Staatsrecht, I. Aufl. Bd. V S. 488: „Der regelmässige und einfachste Fall ist der, dass der erforderliche Boden sich im Eigentum des Staates oder Gemeindeverbandes selbst befindet", desgl. Kahr a. a. O. S. 349 ff. Städtische Strassen stehen demnach meist im Eigentum der Stadtgemeinde (vergl. Erkenntnisse des Oberverwaltungsgerichts vom 22./29. Dezember 1883, Entsch. Bd. X S. 192, 198). Speziell hinsichtlich des Bürgersteiges sprechen sich in diesem Sinne aus: Erkenntnis des Obertribunals vom 24. April 1860 (Entsch. Bd. 43 S. 23):

„Das Eigentum am Bürgersteige steht der ganzen Stadtgemeinde zu",

desgl. vom 3. Juli 1877 (Rehbein Bd. I S. 746):

„Die Bürgersteige stehen als Teile der öffentlichen Strasse im Eigentum der Commune."

Steht das Eigentum an der öffentlichen Strasse einer Privatperson zu — dies ist nach obigen Ausführungen wohl zulässig —, so ist der betreffende Grund und Boden dem Staat, dem Distrikt etc. gegenüber mit einer Servitut, die das allgemeine Gebrauchsrecht zum Inhalt hat, belastet (Seydel, I. Aufl. a. a. O., Kahr a. a. O. S. 347, Reitzenstein a. a. O. S. 883, vergl. auch Entsch. des Reichsgerichts vom 24. Oktober 1888, Entsch. Bd. XXII S. 304).

Der Öffentlichkeit einer Strasse thut es aber auch keinen Eintrag, wenn ein Teil derselben im Eigentum einer öffentlich rechtlichen Corporation, z. B. einer Gemeinde steht, während

das Eigentum am anderen Teil einem Privaten zusteht. So heisst es in dem Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts vom 5. März 1890 (Pr. V. Bl. XII S. 87):

> „Der Umstand, dass der Grund und Boden, auf welchem die Böschung einer Chaussee sich befindet, noch Privateigentum eines Dritten ist, schliesst nicht aus, dass diese nicht nur thatsächlich, sondern auch rechtlich ein Teil der Chausse geworden ist."

Insbesondere kommt es vor, dass der Fahrweg dem politischen Verband gehört, während der Bürgersteig im Eigentum des anliegenden Hausbesitzers steht (vergl. Regelsberger a. a. O. S. 430). So sagt die Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. März 1882 (Entsch. Bd. VI S. 204):

> „Namentlich kann der Bürgersteig ungeachtet der Behandlung desselben als Teiles der Strasse sich im Eigentum der Hausbesitzer befinden."

Teilweise wurde die Behauptung aufgestellt, das preussische Landrecht habe den Anliegern das Eigentumsrecht am Bürgersteige beigelegt auf Grund des § 81 l. c. Allein dies ist nicht der Fall. Nicht das Eigentumsrecht wurde den angrenzenden Hausbesitzern an fraglicher Stelle zuerkannt, sondern es wurde ihnen nur ein beschränktes Nutzungsrecht eingeräumt, wovon jedoch später zu handeln ist, vergl. Koch a. a. O.: „Nur benützen können die Hausbesitzer den Bürgersteig, aber Eigentümer sind sie davon nicht", ferner die oben Seite 12 allegierten Obertribunalsentscheidungen und Ministerial-Rescripte. Die gegenteilige Ansicht ist nur dadurch hervorgerufen worden, dass man den Bürgersteig als Pertinenz des Hauses auffasste, was bereits oben widerlegt ist, oder dass man eine Unterhaltungspflicht behauptete, die, wie später nachgewiesen wird, nicht existiert.

Steht aber dem Hauseigentümer das Eigentumsrecht am Bürgersteig nicht zu, so kann er auch keine Entschädigungsansprüche wegen Veränderungen an demselben geltend machen, es müsste denn sein, dass dadurch ein auf besonderem Titel beruhendes Recht verletzt wird.

Was nun die Pflicht zur Neuherstellung und Unterhaltung des Bürgersteiges anlangt, so wird auch diese durch die allgemeine Wegebaulast umfasst. Denn „die Wegebaulast umfasst

den gesamten sachlichen und persönlichen Aufwand für die Anlage, Änderung und Unterhaltung des Weges, die Unterhaltungspflicht alle Leistungen und Aufwendungen, welche notwendig sind, um den Weg in einem seiner Bestimmung entsprechenden, gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten" (Seydel, II. Aufl. a. a. O. S. 346). Ähnlich sagt Kahr a. a. O. S. 363: „Die Pflicht zur Herstellung und Unterhaltung eines öffentlichen Weges erstreckt sich regelmässig auch auf die einzelnen Bestandteile und Zugehörungen desselben" und S. 383 speziell bezüglich der Ortsstrassen: „Die Verpflichtung zur Unterhaltung der Ortsstrassen umfasst die Aufgabe, die letzteren zu jeder Zeit in einem ihrem Zwecke entsprechenden, verkehrsfähigen Zustande zu erhalten. Was hiezu erforderlich ist, bemisst sich nach den besonderen örtlichen Verhältnissen, sowie nach Art und Umfang des Verkehrs, welchem eine Ortsstrasse dient", desgl. Reitzenstein a. a. O. S. 889: „Unter Wegebau und Wegeunterhaltung wird die Fürsorge dafür verstanden, dass den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs durch diesen Bedürfnissen entsprechende Wegeanlagen genügt werde."

Erfordert also das Verkehrsbedürfnis die Anlage oder Reparatur von Bürgersteigen, so hat dafür der Strassenbaupflichtige aufzukommen.

War in früherer Zeit die Wegebaupflicht eine am Eigentum an Grund und Boden haftende Last, so ist sie heute eine öffentlich rechtliche Verpflichtung des Staates, des Distrikts, der Gemeinde, der Ortschaft geworden, je nach der Ausdehnung des Weges (Reitzenstein a. a. O. S. 877, Georg Meyer a. a. O. S. 518). Die Bau- und Unterhaltungspflicht der städtischen Strassen obliegt demnach der Stadtgemeinde. In dieser Beziehung treffen zu: Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 13. Februar 1884 (Entsch. Bd. X S. 203):

> „Die Stadtgemeinde ist provinziell wie gemeinrechtlich für die Strassen baupflichtig, soweit nicht das Ortsrecht etwas anderes bestimmt",

desgl. vom 16. Mai 1888 Bd. XVI S. 48:

> „Mangels eines besonderen örtlichen Rechtes liegt diese Verpflichtung (Unterhaltung der Bürgersteige) gleich der zur Unter-

haltung der öffentlichen Strasse überhaupt, lediglich der Stadtgemeinde ob",

desgl. vom 18. März 1890 Bd. XIX S. 70:

„Die Baulast hinsichtlich der Bürgersteige obliegt — sei es nach dem allgemeinen öffentlichen Recht, sei es zufolge einer der Polizeibehörde gegenüber in rechtsbeständiger Weise geschehenen Übernahme — an sich der Stadtgemeinde",

desgl. vom 29. September 1891 (Pr. V. Bl. XIII S. 127,

desgl. vom 11. Oktober 1892 (Deutsche Gem.-Zeit. S. 41):

„Gesetzlich ist zur Anlegung und Unterhaltung der städtischen Strassen, zu welchen auch die Bürgersteige gehören, die Stadtgemeinde verpflichtet",

ferner Erkenntnis des Kammergerichts in Berlin vom 26. März 1885 (Rhein. Archiv 76 III 123):

„Im allgemeinen trifft diese Last (Herstellung und Erhaltung der Bürgersteige) die Gemeinden, sofern nicht etwa ein Ortsgebrauch entgegensteht",

weiter Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. November 1888 (Jur. Wochenschrift 1889 S. 8):

„Die Pflicht, die Strassen unter Aufwenduug von Vermögenswerten zu unterhalten, obliegt der Regel nach der Stadtgemeinde selbst."

Dieser primären Wegebaulast thut es jedoch keinen Eintrag, wenn Dritte auf Grund spezieller Rechtstitel die Verpflichtung haben, die Strasse, sei es ganz oder einen Teil derselben, anzulegen oder zu unterhalten. So oblag in Rom wie in den deutschen Städten nach alten Rechtsanschauungen die Unterhaltung der Strasse bis zur Mitte dem anwohnenden Hausbesitzer. Der Fussweg, welchen wir Bürgersteig nennen, war natürlich mit inbegriffen. Für das römische Recht sei hingewiesen auf Dirksen a. a. O. S. 234 und 271: „Die Unterhaltung der städtischen Strassen ist *annexum* des Grundbesitzes — der Unterhalt der *semita aedificio continens* fällt dem Hausherrn zur Last", für das deutsche auf Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 192: „Strassenbauten galten als allgemeine Unterthanenlasten, zunächst als solche der Anlieger", ähnlich Georg Meyer a. a. O. S. 518; vergl. ferner Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 18. März 1880 (Entsch. Bd. VI S. 212):

„In dem Berichte der kgl. Regierung zu Berlin vom 7. Juli 1819 wird bezeugt, dass früher den Hausbesitzern die Pflicht der ganzen Strassenunterhaltung obgelegen habe“,

desselben Gerichts vom 25. Mai 1887 (Pr. V. Bl. VIII S. 315):

„Nach der Bürgersprache (für die Stadt Stettin) von 1624 wie den früheren von 1482 und 1574 soll ein jeder Hausbesitzer den Steinweg (Strassendamm und Bürgersteig) nachbarlich (bis zur Mitte der Strasse) vor seiner Thüre halten.“

Wie jedoch die erhöhten Verkehrsbedürfnisse höheren Kostenaufwand für die Strassen erheischten, wurden in Rom wie in Deutschland die Lasten der Anlieger vermindert und meist auf die Bürgersteige beschränkt. In dieser Hinsicht sind die römischen Verhältnisse behandelt in Hermes, Zeitschrift für klassische Philologie, Bd. XII S. 486, die deutschen in den oben zuletzt erwähnten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts; insbesondere heisst es in der vom 18. März 1880:

„In dem Berichte der kgl. Regierung . . . wird bezeugt, dass dies (Pflicht der ganzen Strassenunterhaltung seitens der Hausbesitzer) infolge der den Fiskus zur Unterhaltung der Strassendämme verurteilenden Judikate des Obertribunals aus den Jahren 1770 — 1780 eingeschränkt und den Hausbesitzern nur die Pflicht zur Bürgersteigsunterhaltung verblieben sei.“

Diese Unterhaltungspflicht des Bürgersteiges durch die Anlieger hat sich in Deutschland vielfach bis auf den heutigen Tag erhalten, vergl. Regelsberger a. a. O., Stengel, Staatsrecht a. a. O. S. 464 Anm. 3: „Die Unterhaltung der sog. Bürgersteige in Städten liegt observanzmässig vielfach den Anliegern ob.“ Wie steht es aber in solchen Fällen mit der ursprünglichen Anlage? „Unterhalten“ ist abgeleitet von „halten“; „halten“ in dem hier in Betracht kommenden Sinn (z. B. ein Pferd halten) bedeutet: „sich ständig in eine Lage versetzen, dass man etwas hat“, dazu ist aber erforderlich, dass man es zuerst anschafft. So schliesst das „Unterhalten“ eines Weges ohne weiteren Beisatz die erste Anlage in sich.

Man hat nun häufig behauptet, das preussische Landrecht habe in seinem mehrmals erwähnten § 81 l. c.

„Übrigens aber kann jeder Hauseigentümer den sogenannten Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den § 78 bestimmten Einschränkungen nutzen“

die Pflicht des Hauseigentümers zur Unterhaltung des Bürgersteiges gesetzlich fixiert. Einige Entscheidungen des Obertribunals haben zu dieser Auffassung den Anlass gegeben.

Allein schon der oben berührte Zusammenhang des Gesetzestextes lässt eine solche Annahme höchst unglaubhaft erscheinen. Wie sollte zu den dort aufgeführten baupolizeilichen Beschränkungen des städtischen Grundbesitzes die Festlegung einer Verpflichtung zur Strassenunterhaltung passen? Auch ist nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber eine so schwerwiegende Last durch den kurzen Nebensatz: „soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat" begründet hätte. Überdies fehlt es an einer näheren Bestimmung, „wieweit" die Unterhaltung zu geschehen hat. Mangelt es an einer näheren polizeilichen Begrenzung, so würde die angebliche gesetzliche Pflicht vollständig in der Luft hängen. Und es ist doch nicht denkbar, dass ein Gesetz seine Existenz von dem Erlass einer polizeilichen Anordnung abhängig macht, vergl. Hinschius in Behrends Zeitschrift Bd. V S. 282. Der § 81 l. c. hat vielmehr keinen weiteren Zweck, als den Hausbesitzern im Gegensatz zu den Einschränkungen, die sie sich im Interesse der öffentlichen Strasse gefallen lassen müssen, ein beschränktes Nutzungsrecht am anliegenden Bürgersteig zu garantieren. Die Entstehungsgeschichte des Paragraphen liefert den deutlichsten Beweis hiefür. Derselbe verdankt nämlich seinen Ursprung der v. Kircheisen'schen Umarbeitung des Sachenrechts und lautete dortselbst:

> „Unter Genehmigung der Obrigkeit darf aber der Eigentümer eines Hauses den Bürgersteig vor seinem Hause so weit nutzen, als er das Pflaster zu unterhalten schuldig ist",

wozu beigefügt war:

> („NB! Ein sehr praktischer Fall wegen der darauf stehenden Buden.")

Der Entwurf zum Allgemeinen Gesetzbuch enthielt in seinem Tl. II Abt. 1 Tit. 5 § 61 bereits die Fassung des gegenwärtigen § 81 A. L. R., nur dass hinter den Worten: „so weit er das Steinpflaster" noch das Wort: „daselbst" eingeschoben war, welches jedoch schon im Allgemeinen Gesetzbuch selbst an entsprechender Stelle gestrichen ist. Zu bemerken ist noch, dass der § 82 l. c., worin „nähere Be-

stimmungen über die § 78 bis 81 berührten Gegenstände den besonderen Polizeigesetzen eines jeden Orts vorbehalten bleiben", sich in dem Entwurf des Allgem. Gesetzbuches noch nicht gefunden hat (vergl. Bobrik a. a. O., ferner Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts vom 18. März 1880 und 13. Februar 1884, Entsch. Bd. VI S. 212 bez. Bd. X S. 203). Ein Hauptgewicht bei der Interpretation wird zu legen sein auf die Bedeutung des Wortes „so weit", ob dieses local oder condicional aufzufassen ist. Spricht schon die getrennte Schreibweise desselben für die erstere Bedeutung, so lässt die ursprüngliche oben angeführte Kircheisen'sche Fassung keinen Zweifel mehr obwalten. Wenn Hinschius a. a. O. meint, „es wäre höchst sonderbar, wenn die Redaktoren des Landrechts lediglich den singulären Fall im Auge gehabt hätten, wo der Anwohner nur eine bestimmte Breite des Bürgersteiges, nicht aber denselben in seiner vollen Ausdehnung zu unterhalten verpflichtet ist, ein Fall, welcher praktisch wohl kaum oder doch mindestens sehr selten vorkommen werde", so ist dem entgegenzuhalten, dass ja das Wort „soweit" nicht gerade die Breite zu bezeichnen braucht, sondern auch auf die Länge der Hausfront sich beziehen kann. Allein abgesehen hievon sagt das Landrecht nicht: „so weit er das Steinpflaster auf dem Bürgersteige zu unterhalten hat", sondern nur: „so weit er das Steinpflaster zu unterhalten hat", nämlich auf der ganzen Strasse. Offenbar hängt diese Ausdrucksweise zusammen mit der oben geschilderten Entwicklungsgeschichte der Bürgersteige und mit der allmählichen Reduzierung der ursprünglichen Verpflichtung der Anwohner zur Unterhaltung der halben Strasse auf die blosse Verpflichtung zur Unterhaltung des Bürgersteiges. Hiefür spricht insbesondere das spezielle Wort „Stein"pflaster. Die Bürgersteige sahen eben damals gerade so aus, wie die Fahrstrasse. Unserer Meinung nach hat der Nebensatz: „so weit er das Steinpflaster zu unterhalten hat", keinen anderen Zweck, als den Begriff des Bürgersteiges zu erläutern, indem gerade zur Zeit der Entstehung des preussischen Landrechts die Wegebaulast der Anlieger auf die Bürgersteige beschränkt wurde. Überdies ist es schon vorgekommen, dass die Anlieger nur bis zu einer

bestimmten Breite zur Unterhaltung des Bürgersteiges verpflichtet waren, vergl. Strassenordnung vom 24. Januar und 9. Mai 1853 (Pr. V. Bl. VII S. 28), worin ein in der Stadt Schönebeck bestehendes Lokalrecht seine Anerkennung fand:

> § 27. . . „Der Bürgersteig muss durchgängig gut gepflastert sein und nur für den Fall, dass seine Breite mehr als 8 Fuss beträgt, genügt es, wenn der Hauseigentümer den Bürgersteig in einer Breite von 8 Fuss, vom Hause ab gerechnet, pflastern lässt."

Das früher im Entwurf zum Allgem. Gesetzbuch eingeschaltete Wort „daselbst" deutete unseres Erachtens auf die speziellen lokalen Verhältnisse hin, indem die Breite der Bürgersteige eine verschiedene war.

Andererseits ist aber durch die Anmerkung der Kircheisen'schen Fassung: „Ein sehr praktischer Fall wegen der darauf stehenden Buden", die Absicht des Gesetzgebers genau festgestellt. Infolgedessen ist bezüglich des § 82 l. c. anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei den „besonderen Polizeigesetzen eines jeden Ortes" im Hinblick auf § 81 nur die nähere Regelung der „Nutzung" des Bürgersteiges im Auge hatte, nicht auch der „Unterhaltung". Sonst hätte dieser Paragraph im Entwurf des allgem. Gesetzbuches sicher nicht gefehlt, vergl. Heydemann, Einl., a. a. O. Anm. 889: „Unser § 81 findet sich schon im Entw. § 61. Nach der Entstehungsgeschichte wurde die Benützung des Bürgersteiges wegen der darauf stehenden Buden für sehr praktisch gehalten, ohne dass man die Frage entschied, nach welchen Grundsätzen die Unterhaltung des Steinpflasters geschehen sollte: Gesetzentw. S. 58, 59."

Im Gegensatz hiezu haben insbesondere einige Entscheidungen des Obertribunals eine gesetzliche Verpflichtung der Anwohner zur Unterhaltung des Bürgersteiges auf Grund der fraglichen Stelle des preussischen Landrechts angenommen: Entsch. vom 14. Juli 1863, Entsch. Bd. 49 S. 91, vom 11. November 1869 Bd. 62 S. 36, vom 13. Januar 1877, Stolp Bd. IV S. 149, vom 3. Juli 1877, Stolp Bd. IV S. 151. Diese stützen sich aber nur, ohne weiteren Beweis zu erbringen, auf die willkürliche Erwägung, dass das preussische Landrecht den Hausbesitzern unter Aberkennung des Eigen-

tums am Bürgersteige ein Nutzungsrecht eingeräumt und ihnen als Äquivalent hiefür die Verpflichtung zur Unterhaltung aufgebürdet habe. Als ob ein Nutzungsrecht ohne Gegenleistung nicht möglich sei? In der That erscheinen aber in vorliegendem Falle dem Zusammenhange des Gesetzes nach die Einschränkungen, welchen sich der Hausbesitzer im Interesse der öffentlichen Strassen unterwerfen muss, als Gegenwert für diese Nutzung. Die vorsichtige Ausdrucksweise der genannten Entscheidungen „nach der Fassung des Gesetzes", „der § 81 Tl. I Tit. 8 A. L. R. ist zwar seinem Wortlaute nach nicht vollkommen präzise gefasst, er setzt aber als bestehendes Recht voraus etc.", lässt schon Zweifel an ihre Haltbarkeit entstehen. Selbst gegenseitig sich auf einander berufend, haben diese Entscheidungen verschiedenen Ministerial-Entschliessungen zur Grundlage gedient, so Entsch. des Min. d. I. für Handel, Gewerbe etc. vom 25. November 1878 (Deutsche Gem.-Zeit. 1879 S. 32). Vergl. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuss. Privatrechts V. Aufl. Bd. III S. 178. Dernburg IV. Aufl. a. a. O. S. 531.

Der Darlegung des Obertribunals ist entschieden entgegen getreten das Oberverwaltungsgericht, insbesondere in seinen Entscheidungen vom 18. März 1880 (Entsch. Bd. VI S. 212), vom 13. Februar 1884 Bd X S. 203, vom 16. Mai 1888 Bd. XVI S. 48, vom 11. Oktober 1892 (Deutsche Gem.-Zeit. S. 41), welche die Ansicht des Obertribunals für eine „irrige" erachten (vergl. Dernburg V. Aufl. a. a. O. S. 502). So heisst es in letztgenannter Entscheidung:

> „Die Vorschrift der Polizeiverordnung hinsichtlich der Anlegung des Bürgersteiges beruht offenbar nicht auf einem Oppelner Lokalrecht, sondern auf der damals (1863) verbreiteten, auch von dem Obertribunal geteilten irrtümlichen Auffassung, dass durch § 81 A. L. R. I. 8 diese Verpflichtung allgemein ausgesprochen und eingeführt sei. Dass dies nicht der Fall, ist in früheren Entscheidungen bereits näher dargelegt."

Von Wichtigkeit für die Beurteilung der diesbezüglichen Entscheidungen der beiden genannten obersten Gerichtshöfe ist ein gemeinschaftlicher Erlass der Minister des Innern und der öffentlichen Arbeiten vom 2. Mai 1885, wodurch angeordnet wurde, dass bei Beurteilung vorkommender Fälle die Rechts-

auffassung des königlichen Ober-Verwaltungsgerichts zu Grunde zu legen ist (Bering, Die Rechte an öffentlichen Wegen, S. 77).

Richtig ist indes, dass das allgemeine Landrecht es als Regel erachtete, dass dem Hausbesitzer die Unterhaltungspflicht des Bürgersteiges obliege.' Damit stimmen auch die thatsächlichen Verhältnisse, wie sie oben dargestellt, überein. Dieses gibt auch das Oberverwaltungsgericht zu, vergl. Entscheidung vom 18. März 1880 (Entsch. Bd. VI S. 212):

> „Jedenfalls aber kann bei der Fassung des § 81 a. a. O. kein Zweifel darüber obwalten, dass, wenn auch die Verpflichtung des Hauseigentümers zur Unterhaltung des Bürgersteiges durch diese Gesetzesvorschrift nicht konstituiert werden sollte, dennoch das Bestehen dieser Verpflichtung als der gewöhnliche Rechtszustand — mag derselbe durch Observanz, durch Lokalstatut oder durch Privatabkommen begründet sein — vorausgesetzt wurde",

ähnlich Entsch. vom 13. Februar 1884 Bd. X S. 205, desgl. vom 30. September 1885 (Pr. V. Bl. VII S. 29):

> „Nach gemeinem deutschen Rechte war die Unterhaltung des Bürgersteiges durch den angrenzenden Hauseigentümer der herkömmliche und gewöhnliche Rechtszustand, welchen auch das A. L. R. nur als die Regel voraussetzte."

Aus diesen Erörterungen geht also hervor, dass das preussische Landrecht eine Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Bürgersteige von der primär pflichtigen Stadtgemeinde auf die Anlieger nicht vorgenommen hat.

Besonders in neuerer Zeit hat man es denn versucht, die Anlieger zur Unterhaltung der Bürgersteige oder von Zubehörungen derselben beizuziehen im Wege von Polizeiverordnungen, die gemäss § 366 Ziff. 10 R. St. G. B. im Interesse der Sicherheit, Bequemlichkeit und Reinlichkeit auf den öffentlichen Wegen und Strassen erlassen werden können. Insbesondere wird auf diese Weise häufig den Anliegern zur Aufgabe gemacht, sog. Trottoire herzustellen. „Trottoir" kommt in doppelter Bedeutung vor: Einmal identisch mit dem Wort „Bürgersteig". Es geht dieses hervor aus der abwechselnden Anwendung der beiden Ausdrücke in ein und derselben Entscheidung, ein und demselben Ortsstatut etc., wobei es noch vorkommt, dass beide Begriffe durch das Wörtchen „oder" verbunden sind, vergl. Entscheidung des Kammergerichts vom 26. März 1885 (Rhein.

Archiv 76 III 123), Erk. des Oberverwaltungsgerichts vom 27. Oktober 1886 (Pr. V. Bl. VIII S. 96); Bescheid der kgl. Regierung in Aachen (Deutsche Gem.-Zeit. 1885 S. 291), Regierungsverfügungen für die Stadt Königsberg vom 9. Febr. und 20. Mai 1816 (Richter, Handbuch über die wichtigsten Polizeivorschriften für die Haupt- und Residenzstadt Königsberg 1827 S. 117 no 8); ortspol. Vorschrift vom 17. Februar 1864 der Stadt Hof § 1:

> „Sobald die Strassen und Plätze der Stadt und der Vorstädte gepflastert oder überhaupt neu hergestellt werden, müssen die angrenzenden Haus- und Grundbesitzer für die Pflasterung der Bürgersteige oder Trottoirs Sorge tragen";

Bobrik a. a. O.: „Notorisch hat man in Preussen unter dem Bürgersteige nie etwas anderes verstanden, als die Trottoirs oder Fusssteige, die sich zu beiden Seiten der Strasse befinden und hauptsächlich für den Gebrauch der Fussgänger bestimmt sind." Das zeigen auch die auf das Material bezüglichen Beisätze. Man spricht von gepflasterten „Bürgersteigen", ebenso wie von gepflasterten „Trottoiren", von „Asphalt-Trottoiren" wie von „Bürgersteigen aus Asphalt", von „bekiesten Bürgersteigen" wie von „bekiesten Trottoiren", vergl. A. L. R. Tl. I Tit. 8 § 81 gegen Erk. des Cassationshofes vom 3. Dezember 1864 (Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Bayern, Bd. IV S. 91), Entsch. des obersten Gerichtshofes in Bayern vom 17. Februar 1866 (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern, Bd. XIII S. 74); Entsch. des Oberverwaltungsgerichts vom 13. Februar 1884 (Entsch. Bd. X S. 203) gegen Erk. desselben Gerichts vom 30. September 1885 (Pr. V. Bl. VII V. 27); ortspolizeil. Vorschriften der Stadt Hof vom 31. März 1891.

Andererseits begreift man unter dem Ausdruck „Trottoir" nur die Belege der Bürgersteige mit Plättchen etc., daher die Wendung: „den Bürgersteig mit Trottoir belegen" (Entsch. des Oberverwaltungsgerichts vom 13. Februar 1884 a. a. O. u. s. w.). In diesem Sinne wird Trottoir vielfach als „bauliche Anlage auf dem fertiggestellten Strassenkörper aufgefasst, die mit der Strassenbaulast nichts zu thun habe, sondern nur zur grösseren

Bequemlichkeit und Sicherheit für die Fussgänger diene.“ (Erk. des obersten Gerichtshofes vom 6. März 1875, Stenglein Bd. XIV S. 89, Entsch. des kgl. Oberlandesgerichts München vom 14. Mai 1886, Samml. von Entsch. in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses Bd. IV S. 81, Entsch. des bayer. Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Februar 1881, Samml. der Entsch. Bd. II S. 530, Rehm, Die Anliegerbeiträge bei Trottoirisierung nach bayer. Recht in Hirth und Seydel, Annalen des deutschen Reichs, Jahrg. 1895 Nr. 1 S. 50.) Zweifellos sind diese Trottoirbelege Zubehör des Bürgersteiges bezw. der Strasse. Denn Zubehör ist eine Sache, welche mit einer anderen in einem wirtschaftlichen Verhältnis steht mit der Bestimmung, die Brauchbarkeit derselben zu erhöhen (Regelsberger, Pandekten Bd. I S. 388, Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, I. Lesung § 789). Allein ebenso wie die Bestandteile, so bilden auch die Zugehörungen der Strassen einen Gegenstand der öffentlich rechtlichen Wegebaupflicht, d. i. Herstellungs- und Unterhaltungspflicht. Denn die „Wegebaupflicht“ begreift alle Leistungen und Aufwendungen, welche notwendig sind, um den Weg in einem seiner Bestimmung entsprechenden gebrauchsfähigen Zustand herzustellen und zu erhalten“ (Kahr a. a. O. S. 363, vergl. auch oben). Beschliesst denn eine Gemeinde die Anlage von Trottoirs, so thut sie dieses eben aus dem Grunde, weil die Verkehrsverhältnisse es erheischen, wie sie auch aus dem gleichen Grunde die Legung eines geräuschlosen Strassenpflasters anordnet. Dass die Unterhaltung des letzteren den Anliegern durch Polizeiverordnung auferlegt werden könne, hat unseres Wissens noch niemand behauptet. Zuzugeben ist ja, dass die Trottoirisierung auch zur Sicherheit, Bequemlichkeit und Reinlichkeit auf öffentlichen Strassen mit beiträgt. Allein diese Folge ist nur ein zufälliges Annex. Der beabsichtigte Zweck ist Hebung des Verkehrs. „Von dem sichern Zustand einer Strasse ist derjenige Zustand zu unterscheiden, welcher den Verkehr überhaupt ermöglicht oder in zweckmässiger Weise erleichtert“ (Blätter f. admin. Praxis Bd. XXIV S. 332).

Die auf Grund des § 366 Ziff. 10 R. St. G. B. aber zulässigen Polizeiverordnungen zielen primär auf Erhaltung

der Sicherheit, Bequemlichkeit etc. ab, auch wenn sie zufälligerweise den baulichen Zustand der Strasse berühren (vergl. Rehm a. a. O. S. 52). Wollte nun eine Gemeinde die Anlieger durch Polizeiverordnung zur Unterhaltung der Bürgersteige anhalten, so wäre dies eine Abwälzung einer ihr gesetzlich zustehenden Verpflichtung. Denn es „steht der Polizeigewalt, soweit das Gesetz den Communen gewisse Aufgaben ausdrücklich zur Erfüllung mit den ihnen zustehenden wirtschaftlichen Mitteln zugewiesen hat, nicht zu, durch Anwendung des obrigkeitlichen Machtmittels der Polizeiverordnung die Erledigung jener Aufgaben auf die Einzelnen abzuwälzen“ (Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, S. 99). Speziell spricht diesen Grundsatz bezüglich der Bürgersteige aus Dernburg V. Aufl. a. a. O.: „Polizeiverordnungen können sie (Pflicht zur Unterhaltung des Bürgersteiges) den Anliegern der Strasse nicht auflegen, weil die Erhaltung der Strassen — soweit kein entgegengesetztes Ortsrecht besteht — dem Eigentümer der Strasse, also gewöhnlich der Stadt, obliegt.“

Abgesehen von diesen Erwägungen, widerspricht eine derartige Auflage dem Begriff der Polizei. Denn „Polizei“ ist Zwangsgewalt zum Schutze öffentlicher Interessen, vergl. Seydel II. Aufl. a. a. O. S. 3: „Polizei ist diejenige Zwangsgewalt, durch welche der Staat sich und seine Verwaltung sowohl wie auch seine Angehörigen vor Gefährdungen durch Menschen schützt“, desgl. Löning, Verwaltungsrecht S. 8: „Polizei ist Thätigkeit der Staatsgewalt auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, sofern dieselbe mit einem Zwang gegen Personen verbunden ist“, ebenso Georg Meyer a. a. O. S. 72, Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 249 in Binding's system. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft u. s. w. Allerdings können mit polizeilichen Anordnungen finanzielle Leistungen verbunden sein, vergl. Entsch. des Oberlandesgerichts München vom 17. Juli 1885 (Entsch. in Gegenst. des Strafrechts und Strafprozesses Bd. III S. 415):

> „Die Strafbarkeit desjenigen, der die Vorschriften einer zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit und Reinlichkeit auf öffentlichen Wegen und Strassen erlassenen Polizeiverordnung nicht befolgt, wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Be-

folgung der Vorschrift die Vornahme einer mit Kosten verbundenen baulichen Veränderung an dem Eigentum desselben notwendig macht",

ebenso Seydel, II. Aufl. a. a. O. S. 307:

„Die Polizei mag den Strassenanliegern Auflagen machen, um Gefährdungen des Verkehrs zu verhüten, und die Grenzen der Polizei sind dabei auch dann nicht überschritten, wenn den Anliegern hieraus Kosten entstehen."

Aber der Vermögensaufwand darf nicht um seiner selbst willen gefordert werden. Der „Schutz" muss das leitende Moment der Polizeiverordnung sein. Andernfalls würde sich die Polizei die Finanzgewalt anmassen. Von den häufig sehr kostspieligen Trottoiranlagen kann indes keinesfalls behauptet werden, dass sie zum Schutze vor Gefährdungen angelegt werden, so Seydel an zuletzt citierter Stelle: „Aber wenn den Anliegern nicht bezüglich des Zustandes ihrer eigenen Grundstücke, sondern bezüglich der Strasse — also eines fremden Grundstücks — Leistungen auferlegt werden, zum Zwecke und mit der Wirkung, denjenigen zu entlasten, der für die Verwaltungseinrichtungen zu sorgen hat, dann ist dies schlechterdings nicht mehr Polizei. Strassenreinigung und Pflasterung der Strassen oder des Bürgersteiges haben mit der Polizei so wenig zu schaffen, wie Steuern- und Umlagenzahlung oder Leistung von Gemeindediensten. Polizeigewalt und Finanzgewalt sind zweierlei"; ähnlich heisst es in der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 30. September 1885 (Pr. V. Bl. VII S. 27):

„Auf dem Wege polizeilicher Verordnungen können neue Verbindlichkeiten nicht begründet werden, sie dienen nur dazu, auf anderweiter Rechtsgrundlage beruhende Verpflichtungen zu regeln und zu sichern, deren Erfüllung näher zu bestimmen und zu ordnen."

Zutreffend ist auch die bei der Beratung des bayer. Polizeistrafgesetzbuches von 1861 im Gesetzgebungsausschuss kundgegebene Absicht, dass bei polizeilichen Anordnungen, welche die Unterhaltung und Sicherung einer öffentlichen Strasse etc. zum Gegenstande nehmen, vorausgesetzt werden müsse, dass der durch die Anordnung betroffene Privatmann eine besondere rechtliche Verpflichtung zu der ihm auferlegten Leistung habe, und dass man nicht davon ausgehen dürfe, es könne die im allgemeinen dem Staate, den Kreis-, Distrikts- und Ortsgemeinden

nach den einschlägigen Gesetzen obliegende Verpflichtung zur Herstellung und Unterhaltung der öffentlichen Strassen nach Belieben durch polizeiliche Zwangsvorschriften auf Private überwälzt werden (Entsch. des obersten Gerichtshofes f. Bayern vom 6. März 1875 in der Samml. von Entsch. in Gegenst. des Strafrechts und Strafprozesses Bd. V S. 74). In Betracht zu ziehen sind auch die notwendigen Folgerungen aus einer derartigen Handhabung des Polizeiverordnungsrechts: Instandhaltung der Beleuchtungsanlagen, der Baumpflanzungen, der Spielplätze, der Reitwege etc. könnte schliesslich mit demselben Rechte vom Hauseigentümer gefordert werden (Merlo, Die Ungesetzlichkeit der die Strassenreinigung betr. Polizeiverordnungen und Ortsstatute, Köln 1894 S. 8).

Schliesslich hat man noch die Anliegerbeiträge für die Trottoirisierung als Spezialsteuern aufgefasst. Allein diese könnten ihre reichsgesetzliche Zulässigkeit auch nur im § 366 Ziff. 10 R. St. G. B. haben; dieser Paragraph spricht aber nur von Polizeiverordnungen, d. h. Verordnungen polizeilichen Inhaltes, welchen Charakter die Auferlegung einer Steuer nie haben kann (Rehm a. a. O. S. 57).

So bleibt denn zu einer Übertragung der Unterhaltungspflicht bezüglich der Bürgersteige von der primär verpflichteten Stadtgemeinde auf die Anlieger nur noch übrig das Gewohnheitsrecht beziehungsweise die Observanz. Die Anwendbarkeit von Observanzen hinsichtlich unserer Frage ist zweifellos, nachdem dieselbe in den Gesetzen, wie oben ausgeführt, unentschieden gelassen und auch nicht in ein besonderes Provinzialrecht aufgenommen worden ist (Patent wegen Publikation des neuen allgem. Landrechts VII mit § 4 Einl. zum A. L. R.). Massgebend ist in dieser Beziehung das Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts vom 29. September 1891 (P. V. Bl. XIII S. 127):

> „Es unterliegt nach der Rechtsprechung der Civilgerichte, wie des Oberverwaltungsgerichtes keinem Zweifel, dass die Observanz als ein solcher öffentlich-rechtlicher Titel anzuerkennen sei, durch welchen die Wegebaupflicht und demgemäss auch die Unterhaltungspflicht der Bürgersteige, abweichend von der nur subsidiären Norm des gemeinen Rechts geregelt und auf die Hausbesitzer übertragen werden könne."

Was versteht man unter einer Observanz? Observanzen sind Gewohnheiten, die nur einen beschränkten Geltungsbereich haben, sei es der räumlichen Ausdehnung oder der Zahl der Übenden nach (Regelsberger a. a. O. S. 99). Damit aber die Observanz den Charakter eines objektives Recht begründenden Gewohnheitsrechts habe, ist mehr erforderlich. Die fortdauernde und gleichmässige Übung einer bestimmten Rechtsnorm muss nämlich von der Überzeugung der Übenden getragen sein, dass das, was sie üben, für das betreffende Verhältnis das aus den zwingenden Umständen geschöpfte, notwendige Recht sei (Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. Dezember 1884, Entsch. Bd. XII S. 292, des Oberverwaltungsgerichts vom 24. Januar 1891, Entsch. Bd. XXII S. 210, desgl. vom 22. Febr. 1892, Deutsche Gem.-Zeit. S. 41). Beruht demnach die Überzeugung auf einem faktischen Irrtum, so dass anzunehmen ist, die Übenden hätten nicht so gehandelt, wenn sie den Irrtum gekannt hätten, kann von keiner rechtsbegründenden Observanz die Rede sein, höchstens von einem bedeutungslosen Ortsgebrauch. Verschiedene oberstrichterliche Entscheidungen haben dies klar ausgesprochen, so Entsch. des Reichsgerichts vom 8. Dezember 1884 l. c.:

> „Fehlt jene Überzeugung, so können die äusserlich vorgenommenen Handlungen für sich allein nicht zu einem Gewohnheitsrecht führen, und das muss auch der Fall sein, wenn die Übenden bei der Übung von einer unrichtigen, auf Irrtum beruhenden, thatsächlichen Voraussetzung ausgegangen sind, die Meinung, dass das Geübte eine zwingende Folge gegebener Verhältnisse und daher Recht sei, auf einem faktischen Irrtum beruht, so dass die Annahme berechtigt ist, dass, wenn die Übenden ihren Irrtum erkannt, sie die Übung des vermeintlichen Rechts nicht so — wie sie gethan — vorgenommen hätten“,

desgl. vom 6. März 1893 (Entsch. Bd. XXXI S. 270) u. s. w., ferner Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts vom 30. September 1885 (P. V. Bl. VII S. 29):

> „Es ist ohne weiteres zuzugeben, dass, wenn erweislich die Gewohnheit von einem Irrtum ausging, es an der zum Erwachsen des Gewohnheitsrechtes unbedingt erforderlichen gemeinsamen Rechtsüberzeugung gefehlt haben würde“,

desgl. vom 14. September 1887 (Entsch. Bd. XIII S. 185):

> „Handeln die Beteiligten unter der irrigen Annahme, dass ihr Verfahren eine zwingende Folge gegebener, in der Wirklichkeit

nicht vorhandener rechtlicher oder thatsächlicher Verhältnisse sei, so gebricht es an der für die Entstehung des Gewohnheitsrechtes erforderlichen Voraussetzung, dass die Gewohnheit ausging von einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung und nicht erweislich von dem Irrtum, welcher jene Überzeugung notwendig ausschliesst. Denn die in die äussere Erscheinung tretende Thätigkeit der Beteiligten reicht allein nicht aus zum Anerkenntnis eines Gewohnheitsrechtes, einer Observanz zu führen, wenn ihr nicht zugleich der innere Rechtsgrund entspricht. Die gleichmässige Übung darf nicht auf einer Grundlage beruhen, welche sich hinterher als irrige herausstellt. Es darf keinesfalls die Annahme aufkommen, dass, wenn der Irrtum als solcher erkannt wäre, die Beteiligten anders verfahren haben würden und nicht so, wie geschehen, gehandelt hätten",

speziell in Bezug auf unsere Bürgersteige äussert sich Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 1892 (Deutsche Gem.-Zeit. S. 41):

„Die Vorschrift der Polizeiverordnung hinsichtlich der Anlegung des Bürgersteiges beruht offenbar nicht auf einem Oppelner Lokalrecht, sondern auf der damals (1863) verbreiteten irrtümlichen Auffassung, dass durch § 81 A. L. R. I. 8 diese Verpflichtung allgemein ausgesprochen und eingeführt sei. Dass dies nicht der Fall, ist in früheren Entscheidungen bereits näher dargelegt. Von der gleichen irrtümlichen Auffassung wird aber auch die spätere Übung getragen. Derselben kann die rechtsbildende Kraft einer Observanz nicht beigelegt werden",

u. a. m., die meist bei Merlo a. a. O. S. 17 abgedruckt sind, (vergl. auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I S. 41; corp. jur. civ. l. 39 D. 1. 3).

Die Folgen des ursprünglich irrtümlichen Motives können indes auch geheilt werden durch eine Generationen hindurch andauernde Übung, so dass eben der anfängliche Grund in Vergessenheit gerät und einem neuen Motive Platz macht. So sagt das mehrfach erwähnte Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts vom 30. September 1885:

„Es ist indes ein von den Rechtslehrern wie von der Praxis der Gerichtshöfe gleichmässig anerkannter Rechtssatz, dass, wenn der Irrtum in solchem Falle das Gewohnheitsrecht ausschliessen soll, er von der Art sein muss, dass durch denselben die gemeinsame Rechtsüberzeugung aufgehoben werde, dass dagegen, wenn z. B. neben der wirklich vorhandenen Volksüberzeugung der theoretische Irrtum nur als eine äussere Bestärkung gedient hat, der Irrtum nicht im Wege steht",

desgl. vom 29. Oktober 1887 (Entsch. Bd. XV S. 229):

> „Sobald aber diese Annahme (dass die Übenden, wenn sie ihren Irrtum erkannt hätten, die Übung des vermeintlichen Rechts nicht so, wie sie gethan, vorgenommen haben würden) durch anderweite Umstände ausgeschlossen wird, wenn z. B. die Übung auch nachdem der rechtliche Irrtum, welcher ihren Anfang veranlasst hatte, den Beteiligten bekannt geworden war, dennoch von denselben gleichmässig durch längere Zeit fortgesetzt ist und dadurch der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Beteiligten sich zu erkennen gibt, oder wenn die Übung auch ohne nachweisbare Erkenntnis jenes Irrtums durch langjährige, Generationen umfassende Befolgung allmählich zu einer derartigen Rechtsüberzeugung geführt hat, kann eine in ihrem Beginn durch Rechtsirrtum hervorgerufene Übung dennoch die Annahme eines ihr entsprechenden, wirklichen Gewohnheitsrechts rechtfertigen."

Lässt sich aber in der That eine Observanz nachweisen, so ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, welchen Umfang dieses Gewohnheitsrecht besitzt. Denn eine willkürliche Ausdehnung desselben würde seinem Wesen widersprechen. In jedem Stadium der Erweiterung einer Observanz sind vielmehr sämtliche Voraussetzungen einer solchen erforderlich. Die Observanz beruht ja auf ursprünglich freiwilliger Übernahme einer Verpflichtung.

Im Hinblick auf die Unterhaltung unserer Bürgersteige ist nun von Wichtigkeit, aus welchem Beweggrund, in welchem Masse und in welcher Weise die Übernahme dieser Last auf dem Wege des Gewohnheitsrechts geschah. Es ist natürlicherweise vielfach vorgekommen, dass Hauseigentümer im reinen Interesse ihres Besitztums und im Hinblick auf ausgiebige Nutzung, nicht aber in der Meinung, eine ihnen obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu erfüllen, den Bürgersteig vor ihrem Hause unterhalten haben. Eine Observanz kann damit nie begründet werden (vergl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts vom 22. Februar 1892 l. c.). Oder hat sich früher ein Grundbesitzer in Überzeugung seiner Verpflichtung dazu verstanden, ein einfaches Steinpflaster auf den Bürgersteig zu legen, so kann er auf Grund dessen heute nie und nimmer zur Anlage kostspieliger Trottoirs gezwungen werden (vergl. Deutsche Gem.-Zeit. 1885 S. 291). Noch weniger ist es zulässig, anstatt der früheren freiwilligen Naturalleistungen Bei-

träge in Geld zur Unterhaltung von Bürgersteigen zu verlangen. Zu derartigen Veränderungen anfänglich zurecht bestehender Obsvervanzen hat meist das mangelhafte Gemeindevermögen Anlass gegeben, welcher Umstand natürlich eine Verschiebung rechtlicher Verpflichtungen absolut nicht herbeiführen kann.

Hier könnte vielleicht eingewendet werden, die meist ohne Widerspruch den Polizeiverordnungen gemäss gemachten Leistungen liessen auf eine gesetzlich wirksame Erweiterung der Observanz schliessen. Allein einmal muss konstatiert werden, dass überall und jederzeit vereinzelte Widersprüche gegen ungesetzliche Polizeiverordnungen vorkommen. Andererseits können ja die Beteiligten die verschiedensten Gründe haben, die sie veranlassen, ohne Widerrede diese Lasten zu tragen, so: Vertrauen zur Gesetzmässigkeit der Verordnungen, Scheu vor einem Prozess, Zweifel über einen günstigen Ausgang bei den verschiedenen Ansichten der obersten Gerichte. Im Gegenteil sind ungesetzliche Polizeiverordnungen nur zu leicht dazu angethan, die Beteiligten in einen Irrtum zu versetzen oder darin zu bestärken, wodurch die Entstehung einer Observanz, wie oben gezeigt, sogar gehemmt wird. Infolge dieser Gründe wird es heutzutage sehr schwer sein, eine Observanz für unsere Frage nachzuweisen, namentlich für die Herstellung und Unterhaltung der kostspieligen Trottoirs. Den Beweis hat die primär Verpflichtete, die Stadtgemeinde, zu führen.

Zweifellos ist die Giltigkeit einer Polizeiverordnung oder eines Ortsstatuts, das nur die bestehende Rechtsüberzeugung zum Ausdruck bringt (vergl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts vom 24. Februar 1891, Deutsche Gem.-Zeit. 1891 S. 211).

Am Bürgersteige besteht, wie an der ganzen Strasse, als öffentlichem Weg, ein allgemeines Gebrauchsrecht, d. h. jedermann ist befugt, den Bürgersteig in einer seiner Bestimmung angemessenen Weise, also zum Gehen auf demselben, zu benützen. Dieser Gebrauch ist nur beschränkt durch die gleiche Berechtigung aller übrigen Mitglieder des Publikums. Kollisionen zu verhüten, ist Aufgabe der Wegepolizei (Reitzenstein a. a. O. S. 882, Kahr a. a. O. S. 353, Georg Meyer a. a. O. S. 519, Bering a. a. O. S. 12). Wie indessen die Eigenschaft der Öffentlichkeit das Bestehen von Privateigentum am

Bürgersteige nicht hindert (vergl. oben), so ist auch die Existenz von beschränkten dinglichen Rechten an demselben möglich — nur darf dadurch dem allgemeinen Gebrauchsrecht, dem Zweck des Weges, kein Eintrag geschehen (Reitzenstein a. a. O. S. 884, Seydel, I. Aufl. a. a. O. S. 491, Kahr a. a. O. S. 357). Nachdem der Umfang des allgemeinen Gebrauchsrechts, wenn Kollisionen vermieden werden sollen, sich nach dem jeweiligen Verkehr zu richten haben wird, ist auch die Zulässigkeit von dinglichen Rechten am Bürgersteig von den jeweiligen Verkehrsverhältnissen abhängig.

Von den beschränkten dinglichen Rechten am Bürgersteig kommen hauptsächlich in Betracht Rechte des Grundstücksnachbarn, Rechte, die aus der nachbarlichen Lage entspringen, dem Nachbarrechte angehören, vergl. Reitzenstein a. a. O. S. 884, Bering a. a. O. S. 59, Seydel, II. Aufl. a. a. O. S. 346: „Der Inhaber des öffentlichen Weges hat, soweit nicht einzelne besondere Bestimmungen zu seinen Gunsten bestehen, dem Nachbar gegenüber nicht mehr Recht wie jeder andere Eigentümer.“ Diese Prädialservituten, welche meistenteils eine beschränkte Nutzung zum Inhalt haben, können wie jede andere durch Vertrag oder auch durch Gesetz begründet werden. So ist allgemein ein stillschweigender Vertrag anzunehmen zwischen Hausbesitzer und Besitzer der anliegenden Strasse bezw. des Bürgersteiges auf Gewährung eines Zu- und Ausgangsweges und des erforderlichen Lichtes. Der Hauseigentümer hat unter dieser Bedingung an die Strasse gebaut oder es garantiert stillschweigend die Gemeinde bei Vorbeiführung einer neuen Strasse an einem Hause dessen Eigentümer jene Rechte, da es eben ein Zweck der Strasse, dass sie mit zugänglichen Häusern besetzt ist, vergl. Entsch. des Reichsgerichts vom 7. März 1882 (Entsch. Bd. VII S. 213), Erk. des Kammergerichts vom 20. Mai 1886 (Pr. V. Bl. VIII S 253):

> „Die Adjacenten einer Strasse stehen zu derselben nicht in einer bloss thatsächlichen Beziehung wie jeder Dritte, der sie begeht oder befährt, ihre Beziehung ist vielmehr zugleich eine rechtliche. Schon von dem vormaligen Obertribunal ist wiederholt (vergl. Erkenntnisse vom 10. April 1866 und vom 22. Dezember 1873, Striethorst's Archiv Bd. 62 S. 273, Entsch. Bd. 72 S. 1) der Rechtsgrundsatz ausgesprochen worden, dass den Eigentümern

der die Strasse begrenzenden Wohnhäuser und Gebäude dasjenige Recht der Benutzung der Strasse und der ungeschmälerten Communication mit derselben, dessen sie ihrer Lage nach bedürftig sind, nicht bloss vergönnungsweise oder nach administrativem Ermessen, sondern dauernd und mit dem Charakter eines wohlerworbenen Rechts gewährt werden müsse."

Der Anlieger kann daher Entschädigungsansprüche geltend machen, wenn durch Veränderungen an der Strasse seine genannten Befugnisse daran geschmälert werden, vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. VII S. 216, Bd. X S. 271, Bd. XXV S. 242.

Auch das preussische Landrecht hat ein Nutzungsrecht des Anliegers am Bürgersteig fixiert in seinem schon oben behandelten Tl. I Tit. 8 § 81:

„Übrigens aber kann jeder Hauseigentümer den sog. Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, unter den § 78 bestimmten Einschränkungen nutzen."

Was ist der Inhalt dieser gewährleisteten Nutzung? Nachdem es an einer näheren gesetzlichen Bestimmung fehlt, dürfte es das Zweckmässigste sein, auf die Motive des Gesetzes zurück zu gehen. Nach dem oben citierten Kircheisen'schen Antrag steht zweifellos fest, dass der Gesetzgeber an das Aufstellen von Gegenständen, insbesondere von Buden dachte, vergl. Bornemann, system. Darstellung des preuss. Civilrechts Bd. II S. 136: „In diesem Falle können die Hauseigentümer z. B., wie aus den Materialien erhellt, den Bürgersteig zur Errichtung von Buden an Markttagen behufs der Vermietung benutzen," ähnlich Heydemann, Einl., a. a. O. Nun sind ja die Motive eines Gesetzes keine Rechtsquelle, sie können nur dazu dienen, das Gesetz selbst zu erläutern. Im Zusammenhalt mit § 78 l. c., wonach die Verengung, Verunreinigung und Verunstaltung der Strassen einschliesslich des Bürgersteiges (vergl. oben) untersagt ist, sowie mit den analogen, dem A. L. R. zu Grunde liegenden römisch-rechtlichen Verhältnissen und der deutschen Praxis ist denn auch anzunehmen, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, die Aufstellung von Gegenständen auf dem Bürgersteig zu gestatten, soweit es die jeweilige Entwicklung einer Stadt nach Schönheitssinn und Verkehrsverhältnissen zulässt (vergl. Förster-Eccius a. a. O.). Das hier fragliche Nutzungsrecht hat seinen Ursprung in

der *servitus stillicidii*, dem sog. Traufrecht, d. h. dem Recht, das Regenwasser von einem Gebäude auf ein angrenzendes Grundstück abtropfen lassen zu dürfen, vergl. Erk. des Obertribunals vom 3. Juli 1877 (Rehbein Bd. I S. 746). Im Nachbarverhältnis zur öffentlichen Strasse, dem *jus civitatis*, hat sich dasselbe weiter ausgebildet und ist gesetzlich normiert worden: So darf schon nach römischem Recht der Hausbesitzer seine Thüren und Fenster nach der Strasse zu schlagen lassen, darf Fensterläden und Marquisen aussen am Hause anbringen, braucht sich keine Verdunklung der nach der Strasse zu gehenden Fenster oder Schmälerung der Aussicht gefallen lassen; der Färber oder Walker darf Kleider zum Trocknen vor dem Hause aufhängen, der Stellmacher Räder aufstellen u. s. w. (Hesse a. a. O. S. 505.) Dass diese Grundsätze in Deutschland Eingang gefunden, beweisen einerseits die verschiedenen deutschen Partikularrechte, wie der vermehrte Sachsenspiegel (Bd. II cap. 2 dist. 11):

> „Do magk he hinder thun und were legen waz her woll, daz nicht wedder recht ist“,

worauf polizeiliche Bestimmungen über Holz, Mist und Zulagen, die da niedergelegt werden, folgen, andererseits die Reception der den Verkehr auf den Strassen regelnden römischen Interdikte: *Ne quid in loco publico fiat* und *ne quid in itinere publico fiat* in Deutschland, vergl. Bobrik a. a. O.

In der That wurden denn auch in der erwähnten Weise die Bürgersteige in ausgiebigstem Masse benutzt. Der Umstand, dass man in Deutschland in früheren Zeiten der Polizeipflege wenig Fürsorge widmete, hat sogar eine private Benützung der Strassen ermöglicht, die einem geordneten Verkehr absolut hinderlich sein musste (Bobrik a. a. O.). Die zahlreichen Rescripte, welche zur Abstellung der vielfachen Missbräuche nötig wurden, liefern den besten Beweis hiefür. So bezweckte das Rescript des kgl. Justizministeriums vom 8. Mai 1799 *(Novum Corp. Const. March.* Bd. X S. 2435) die „Abstellung verschiedener Hindernisse, wodurch die Passage auf dem Bürgersteige in den dortigen (Berlin) Residenzien verengt und zum Teil völlig gehemmt würde“, indem es den in Holz arbeitenden Professionisten untersagte, der Regel nach Nutzholz vor ihren

Wohnungen auf den Bürgersteig oder auf den Strassendamm zu legen, und denselben die Niederlegung von Nutzholz auf die Strasse und zwar auf den Damm ausnahmsweise nur dann gestattete, „wenn der Fahr- und Fussweg dadurch nicht geschmälert würde und es ihnen an dem nötigen Hofraum fehle". Der Schluss des Rescripts lautet:

> „Die Grob- und Hufschmiede, welche auf dem Bürgersteig Schleifsteine, Notställe und Schraubstöcke errichtet haben, sollen nach gleichen Grundsätzen, welche auch der Disposition des A. L. R. Tl. I Tit. 8 §§ 79, 81, 82 völlig conform sind, behandelt werden, indem die Sicherheit und Bequemlichkeit des Publikums jederzeit den Privatbequemlichkeiten und Concurrenzen vorgehen müssen, und die tägliche Erfahrung lehrt, wie gefährlich alle dergleichen Hindernisse auf dem Bürgersteige und den Strassen für die Fussgänger sind."

Infolge dieser Festsetzungen wurde das Kammergericht mittelst Rescripts des Justizdepartements vom 10. Juni 1799 angewiesen:

> „In Zukunft in seinen Hypothekenbüchern keine Kaufkontrakte wegen eines Grundstücks für einen Zimmermann, Böttcher, Stellmacher, Tischler, Rohrmacher, Grob- und Hufschmied mehr einzutragen, als bis durch ein Attest des Berliner Polizeidirektorii nachgewiesen worden, dass beim verkauften Haus hinlänglich Raum sei, um die Materialien zum Betriebe des Gewerbes darin zu lassen."

Dieses Rescript wurde später auch auf die Fuhrleute ausgedehnt. In ähnlicher Weise sagt ein Rescript des Min. d. P. vom 28. Oktober 1825 (Kamptz, Annalen, Bd. IX S. 1059):

> „Die Strassen sollen nicht verengt werden und die Benutzung des Bürgersteiges ist nur soweit nachgegeben, als sie ohne deren Verengung geschehen kann; auch sind unter den von der Polizeiobrigkeit bei Bauten nachzulassenden Gegenständen weder Podeste, noch Geländer, noch Freitreppen begriffen",

ferner das Rescript des Min. d. P. vom 23. Juli 1835 (Kamptz, Ann., Bd. XIX S. 790):

> „Es ist nicht für unbedingt verboten zu erachten, den Bürgersteig zur Aufsstellung von Waren zu benutzen, vielmehr soll für die Polizeibehörde bei Beurteilung diesfallsiger Gesuche nur die Rücksicht auf die Passage und auf das Gewerbe des Nachsuchenden massgebend sein",

desgl. Rescript des Min. d. F. und d. I. vom 22. September 1846 (M. Bl. d. i. V. S. 61):

„Der Hausbesitzer darf den Bürgersteig nur insoweit benützen, als das öffentliche (polizeiliche) Interesse es gestattet", u. a. m.

Aus dieser gesetzlichen Befugnis der Polizei, im Einklang mit den jeweiligen Verkehrsbedürfnissen die Freihaltung der Bürgersteige anzuordnen, geht hervor, dass die Ersitzung des Rechts zum Halten einer Anlage auf dem Bürgersteige der Polizeibehörde gegenüber unmöglich ist, ebensowenig wie sich die Entkleidung eines Weges seines Charakters der Öffentlichkeit durch Handlungen Privater denken lässt. Und weiter ist daraus zu folgern, dass die Beteiligten auf eigene Kosten für Beseitigung der Hindernisse auf dem Bürgersteig zu sorgen haben, wenn es die Polizei rechtmässigerweise fordert. Darin liegen eben die Beschränkungen des Nutzungsrechts (vergl. Bobrik a. a. O.). Aber demungeachtet bleibt das fragliche Nutzungsrecht ein dingliches Recht. Nur sein Umfang ist veränderlich, indem sich derselbe nach den jeweiligen Verkehrsbedürfnissen richtet — nur die Ausübung des Rechts kann beschränkt werden, vergl. *nuda proprietas.* Hierher passt Erkenntnis des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1892 (Entsch. Bd. XXX S. 246):

„Dem Eigentümer eines an einer öffentlichen Strasse anliegenden Grundstücks ist im Gebiete des Allgem. Landrechts eine im Rahmen der §§ 78, 91 I. 8 A. L. R. sich haltende Benutzung der Strasse, speziell des Bürgersteigs, zu Privatzwecken, insbesondere zu Anlage einzelner baulicher Einrichtungen gemäss der polizeilichen Bauerlaubnis gestattet, ohne dass die Stadtgemeinde als Eigentümerin der Strasse dagegen Einspruch erheben oder dafür eine Entschädigung verlangen kann."

Teilweise wurde die Behauptung aufgestellt, das preussische Landrecht habe das Nutzungsrecht am Bürgersteig von dessen Unterhaltungspflicht abhängig gemacht, so Hinschius a. a. O., Bering a. a. O. S. 76. Allein diese Auffassung geht meist von der oben widerlegten condicionalen Bedeutung des Wortes „soweit" aus. Der Zweck des Paragraphen ist, eine Nutzung zu gewährleisten, ohne Rücksicht darauf, wem die Unterhaltungspflicht obliegt (Entsch. des Reichsgerichts vom 7. November 1881, Jur. Wochenschrift 1881 S. 214).

Bei den Verkehrsverhältnissen der Gegenwart hat freilich das Nutzungsrecht am Bürgersteig fast gar keine Bedeutung

mehr. Die erforderlichen polizeilichen Massnahmen haben demselben nur einen minimalen Spielraum gelassen. Um so gerechtfertigter erscheint es dann aber auch, dass die Verpflichtung der Anlieger zur Unterhaltung des Bürgersteiges — mag sie nun rechtsbeständig sein oder ungesetzlich — aufgehoben wird, da heutzutage jeder sachliche Grund hiezu fehlt. Ein Hausbesitzer hat heute an dem angrenzenden Bürgersteig im allgemeinen — Zugangs- und Lichtrecht kommen nicht in Betracht, da sie sich auf den Vorteil der Existenz der Strasse überhaupt beziehen — so viel Recht wie jeder aus dem Publikum, zum mindesten wie jeder Bewohner des betreffenden Hauses. Und doch ist es ein Hauptgrundsatz des Rechtes, dass jeder Verpflichtung eine entsprechende Berechtigung gegenüberstehen muss. Dazu kommt, dass die meist üblichen Geldbeiträge der Anlieger nach einem Modus verteilt sind, der den Wert eines Grundstückes vollständig unberücksichtigt lässt: Nur die Hausfront wird zum Massstab genommen, die Tiefe, Höhe, Lage des Hauses wird nicht in Betracht gezogen. Dass unter solchen Verhältnissen eine Überlastung für die minderwerten Hausgrundstücke in sicherer Aussicht steht, ist demnach wohl einzusehen.

Infolgedessen ist es zu begrüssen, dass der Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuches die zu vielen Missverständnissen und Missbräuchen Anlass gebende Bestimmung des § 81 Tl. 1 Tit. 8 A. L. R. nicht aufgenommen hat, und es dem bürgerlichen Gesetzbuch gelingen wird, auch auf diese Weise zur Hebung der materiellen Wohlfahrt unseres Vaterlandes beizutragen.